

Die Ausgangssperre als Bankrotterklärung des Rechtsstaats

I. Vorbemerkung

Die Coronakrise erforderte und erfordert zweifellos einschneidende Maßnahmen, um die ansteckungsfähigen Kontakte der Menschen auf ein Minimum zu reduzieren, bis jeder die Möglichkeit hat, sich durch eine Impfung zumindest vor einem schweren Krankheitsverlauf mit hoher Zuverlässigkeit zu schützen. Dies darf jedoch nicht auf eine völlige Entgrenzung staatlicher Machtentfaltung hinauslaufen – in einem Rechtsstaat heiligt der Zweck bekanntlich nicht jedes Mittel. Eine solche Entgrenzung erleben wir derzeit durch die immer weiter um sich greifende Verhängung von Ausgangssperren, nach denen die Wohnung zwischen 21:00 Uhr und 5:00 Uhr nicht mehr frei, sondern nur noch bei Vorliegen eines „triftigen Grundes“ verlassen werden darf, als den das schlichte Bedürfnis nach Bewegung im Freien ausdrücklich nicht gelten soll: Wurde diese Maßnahme zunächst nur in räumlich engbegrenzten Gebieten mit einem extremen Infektionsgeschehen verhängt, kam es während der zweiten Welle zu einem flächendeckenden Einsatz in Bayern und Baden-Württemberg sowie ansonsten in Kreisen und Städten mit einer Inzidenz über 200 Neuinfektionen pro Woche und 100.000 Einwohner. Neuerdings genügt in vielen Ländern – so auch in Rheinland-Pfalz – eine Inzidenz von 100 für den Erlass entsprechender Allgemeinverfügungen. Das niedersächsische Obergericht in Lüneburg hat dieses Vorgehen in einem Eilverfahren mit Beschluß vom 6. April wegen eklatanten Verstößes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für unzulässig erklärt (OVG Lüneburg 6.4.2021 – 13 ME 166/21 15 / B 2883/21, in der juris-Datenbank bereits veröffentlicht), ohne daß dies bislang ein größeres überregionales Medienecho, geschweige denn Konsequenzen in den anderen Bundesländern nach sich gezogen hätte. Statt dessen sieht ein Entwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes, der schon in der kommenden Woche Bundestag und Bundesrat passieren soll, die Maßnahme unter entsprechenden Umständen deutschlandweit verbindlich vor.

Der Umstand, daß deutsche Politiker

1. überhaupt zu diesem Instrument gegriffen haben,
2. es in immer größerem Umfang unter immer niedrigschwelliger gewählten Voraussetzungen einsetzen und dabei als gleichwertige Maßnahme unter vielen anderen behandeln,
3. die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit mit einigen wenigen rühmlichen Ausnahmen, unter denen vor allem das OVG Lüneburg und dessen Vorinstanz positive Erwähnung verdienen, dies bisher anstandslos toleriert hat und

4. kritische Stimmen in den Medien nur vereinzelt zu vernehmen sind, viele Kommentatoren die Maßnahme im Gegenteil sogar explizit begrüßen (vgl. etwa Friedrich Roeingh in der Allgemeinen Zeitung Mainz vom 10.4.2021, S. 2),

zeigt deutlich, daß quer durch Politik, Justiz und Medien offenbar auf breiter Front das Gespür dafür verlorenging, welche neue Qualität die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen an dieser Stelle erreichen und wie auf diese Weise eine rote Linie überschritten wird. Obwohl sich die im folgenden beleuchteten Gesichtspunkte eigentlich aufdrängen sollten, wurden sie bislang kaum thematisiert. Die zahlreichen Eilentscheidungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die die Anordnung von Ausgangssperren gehalten haben, gehen in der Oberflächlichkeit ihrer Begründungen jedenfalls vollständig darüber hinweg. Allgemein kreisen die bisher zu vernehmenden Überlegungen neben Wortgefechten um die Begriffe „Ausgangssperre“ und „Ausgangsbeschränkung“ im wesentlichen um die Frage, ob solche Maßnahmen unter den gegenwärtigen Umständen unverhältnismäßig und *deshalb* rechts- und verfassungswidrig sein könnten. Diese (gegenüber grundsätzlicheren Überlegungen nachrangige) Frage wird vorliegend nicht näher erörtert – warum sie zu bejahen ist, kann man der sorgfältigen Begründung des OVG Lüneburg entnehmen, deren prägnante Kurzfassung in einer Pressemitteilung unter

<https://oberverwaltungsgericht.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/ausgangsbeschränkung-der-region-hannover-voraussichtlich-rechtswidrig-199221.html>

zu finden ist. Wir wollen vielmehr überlegen, inwieweit sich Ausgangssperren (bzw. „Ausgangsbeschränkungen“ oder wie auch immer man sie nennen mag) überhaupt in das Spektrum zulässiger Grundrechtsbeschränkungen zur Pandemiebekämpfung einreihen lassen.

II. Fehlende Regelung im Grundgesetz

1. Das Grundgesetz enthält zu Ausgangssperren keine Regelung, und auch in den Kommentaren zum Grundgesetz aus der Vor-Corona-Zeit finden sich dazu im allgemeinen keine Ausführungen. Dabei hätte es angesichts der Pauschalität einer solchen Maßnahme, die sie von sonstigen Eingriffen in die Freiheit der Person grundlegend unterscheidet (dazu sogleich), doch nahegelegen, ihr einen eigenen Artikel oder Absatz zu widmen. Wenn das nicht geschehen ist, dann wohl kaum deshalb, weil die Mütter und Väter des Grundgesetzes an eine solche Maßnahme einfach nicht gedacht bzw. ihre evtl. Bedeutung schlicht übersehen hätten: Angesichts des Gebrauchs, den die Besatzungsmächte nach dem zweiten Weltkrieg von diesem Instrument Gebrauch gemacht hatten, stand die Ausgangssperre als spezielle Form hoheitlicher Zwangsausübung schwerlich außerhalb des allgemeinen Bewußtseins. Wenn sich das Grundgesetz dazu gleichwohl nicht äußert, dann vermutlich nur deshalb, weil man die Ausgangssperre damals (wie später bis März 2020 wahrscheinlich die meisten von uns) als typische Umgangsform von Besatzungsmächten und totalitären Regimes mit den ihnen machtunterworfenen Personen wahrnahm, die in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat undenkbar erschien.

2. Um die Ausgangssperre vor diesem Hintergrund vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu bewahren, bleibt also nur die Möglichkeit, sie auf die Schrankenregelung zu stützen, die Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG für Freiheitsbeschränkungen allgemein vorsieht und die vorliegend auf den ersten Blick ja auch durchaus zu passen scheint: „Auf Grund eines Gesetzes“ – d.h. hier auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes – darf in die ansonsten „unverletzliche“ Freiheit der Person eingegriffen werden. So steht denn auch außer Zweifel, daß z.B. Quarantänemaßnahmen angeordnet werden dürfen, wenn ein konkreter Ansteckungsverdacht besteht. Damit sind wir aber schon am entscheidenden Punkt angelangt: Einschränkungen der Freiheit der Person erfolgen herkömmlicherweise immer in bezug auf *einzelne* Personen oder allenfalls Personengruppen, bei denen hierfür ein konkreter Anlaß von entsprechendem Gewicht besteht. Mit einer zeitweisen Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit für *alle* Menschen in einer bestimmten Region, die keinen besonderen Grund für das Verlassen der Wohnung anführen können, erlangt die Maßnahme einen völlig neuen Charakter. Infolgedessen entspricht sie nicht mehr dem Leitbild dessen, was sich der historische Verfassungsgeber und in Vor-Corona-Zeiten alle Interpreten des Grundgesetzes unter einer Freiheitsbeschränkung i.S. von Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG vorgestellt haben. Deshalb erscheint es trotz der Möglichkeit, sie unter den Wortlaut der Schrankenbestimmung zu subsumieren, methodisch wenig überzeugend, ad hoc auf diese zurückzugreifen, um (abgesehen von bestimmten Sonderkonstellationen eines „wichtigen Grundes“) die Fortbewegungsfreiheit der gesamten Bevölkerung pauschal aufzuheben. Für eine solche Maßnahme bedürfte es vielmehr einer gesonderten Regelung, die das Grundgesetz aber wie gesagt gerade nicht enthält.

III. Besonderer Charakter der Maßnahme

Wenn das neben Politikern und Verwaltungsrichtern vermutlich auch eine Mehrheit von Kolleginnen und Kollegen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts (ich gehe davon aus, weil ich von dieser Seite bislang nicht den ansonsten zu erwartenden nachdrücklichen Protest vernommen habe) derzeit im Ergebnis anders sieht, dürfte dies damit zu erklären sein, daß man Ausgangssperren jedenfalls im vorliegenden Umfang nicht als besonders gravierende Grundrechtseinschränkung betrachtet. Entsprechend sieht es ja offenbar auch eine Mehrheit in der Bevölkerung, und so wird es in den Medien kommuniziert: Was ist denn schon dabei, wenn ich von einem Spaziergang spätestens um 21 Uhr zu Hause sein muß? Werden die meisten Menschen durch andere Corona-Regeln in ihrem Alltag nicht weitaus stärker beeinträchtigt? Eine solche Betrachtung greift indessen entschieden zu kurz. Sie verkennt gleich zwei zentrale Gesichtspunkte:

1. Abgesehen von der insgesamt durchaus fragwürdigen Effizienz (man denke etwa daran, daß die Inzidenzen z.B. in Frankreich und Spanien im Frühjahr 2020 trotz harter Ausgangssperren wochenlang nicht gesunken sind) schlägt hier zunächst der Umstand zu Buche, daß die erhoffte Wirkung der Ausgangssperren nicht einmal ansatzweise *unmittelbarer* Art ist: Ein spätabendlicher Spaziergang begründet definitiv kein Ansteckungsrisiko, wegen der geringeren Zahl von

Menschen auf der Straße ist vielmehr das Gegenteil der Fall. Angestrebt wird statt dessen ausschließlich ein *mittelbarer* Effekt, indem man die Menschen von haushaltsübergreifenden Treffen und Besuchen abhalten will. Verstöße gegen die eigentlich infektionsschutzrelevanten Kontaktbeschränkungen sollen also dadurch verhindert werden, daß man unterschiedslos die Fortbewegungsfreiheit aller aufhebt – auch der mutmaßlich großen rechtstreuen Mehrheit. Es handelt sich also um nichts anderes als eine gegen die Gesamtbevölkerung gerichtete Repressalie zur Unterbindung von Rechtsverstößen einzelner. Bezogen auf normale Zeiten wäre damit etwa ein Ansatz vergleichbar, das Autofahren ab einer bestimmten Uhrzeit bei Nichtvorliegen eng gefaßter Ausnahmevoraussetzungen grundsätzlich zu verbieten, um die spätabends bekanntlich gehäuft auftretenden Trunkenheitsfahrten zu unterbinden. Wie ein solcher Ansatz mit dem vom Grundgesetz vorgegebenen Leitbild des mündigen Bürgers vereinbar sein sollte ist ebenso unverständlich wie die Erwartung, ein derartiger Umgang mit den Menschen bliebe ohne nachhaltige negative Auswirkungen auf deren Rechtstreue und werde nicht noch mehr von ihnen in die Arme der (Ver-)Querdenker treiben.

2. Die Einzigartigkeit der Ausgangssperre im Katalog der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen tritt aber noch unter einem weiteren Aspekt zutage, mit dem wir nunmehr das Feld strafrechtlicher Überlegungen betreten (und der primär öffentlich-rechtlich orientierten Juristen insofern vielleicht nicht ohne weiteres bewußt ist): Anders als Kontaktbeschränkungen und Schließungen von Einrichtungen richtet sich die Ausgangssperre unmittelbar gegen ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut der Person, nämlich die durch § 239 StGB (Freiheitsberaubung) geschützte Freiheit, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen. Dieser Umstand ist schon für sich genommen von besonderem Gewicht. Seine Bedeutung wird aber noch dadurch massiv gesteigert, daß die persönliche Fortbewegungsfreiheit ein besonders hochstehendes Rechtsgut darstellt. Diese Wertung ist fest und unübersehbar in § 35 StGB verankert, der für den entschuldigenden Notstand neben Leben und Gesundheit als einziges weiteres Rechtsgut (!) die persönliche Fortbewegungsfreiheit für notstandsfähig erklärt. Dies zeigt erneut in aller Deutlichkeit, warum die Ausgangssperre (selbst wenn sie als „Ausgangsbeschränkung“ Ausnahmetatbestände vorsieht, die indessen jeweils nur einer Minderheit zugute kommen) ein denkbar massiver Eingriff ist, der alle anderen Corona-Maßnahmen selbst dann weit in den Schatten stellt, wenn diese den einzelnen im Alltag de facto stärker belasten mögen: Die unmittelbare und gezielte Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter, insbesondere eines der drei höchsten von ihnen, ist *per se und prinzipiell* von ganz besonderem Gewicht, was u.a. darin zum Ausdruck kommt, daß der strafrechtliche Schutz zwar beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, keinesfalls jedoch allgemein deshalb entfällt, weil die Beeinträchtigung des Opfers im Einzelfall letzten Endes nicht so schwer wiegt. Inwieweit die Verhängung und Durchsetzung von Ausgangssperren dabei tatsächlich den Straftatbestand von § 239 StGB erfüllt, ist eine andere Frage, die an dieser Stelle offenbleiben kann, weil ein rechtstreuer Bürger an der Ausübung seiner Fortbewegungsfreiheit im Ergebnis jedenfalls mit dem gleichen Nachdruck gehindert sein dürfte, wie das bei einem Einsperren oder einer anderen von § 239 StGB zweifelsfrei erfaßten Form der Freiheitsberaubung der Fall wäre.

IV. Fazit

Ausgangssperren sind eine verfassungswidrige Entgrenzung staatlicher Machtentfaltung. Jedenfalls dann, wenn die Ausgangssperre so, wie das derzeit geschieht, beim Infektionsschutz zu einer Standardmaßnahme avanciert, dann kann man dies nur als Bankrotterklärung des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats bezeichnen. Daß es in anderen demokratischen Staaten Europas (wie gesagt mit zweifelhaftem Erfolg) schon früher dazu kam, macht die Dinge nicht besser, sondern liefert allenfalls eine psychologische Erklärung für die Enthemmung der Mehrheit unserer Politiker und die weitgehende Gleichgültigkeit, mit der ihnen Verwaltungsjustiz und Medien dabei zusehen. Was bleibt, ist eine vage Hoffnung, daß das Bundesverfassungsgericht diesem Treiben doch noch ein Ende bereiten wird – und zwar zeitnah in einer einstweiligen Anordnung und nicht erst in einem Hauptsacheverfahren in ein paar Jahren, wenn die Verfassungswidrigkeit nur noch nachträglich festgestellt werden kann. Ansonsten droht weit über den vorliegenden Sündenfall und die Corona-Krise hinaus eine Verfestigung der Einstellung, die Freiheit der Person sei für die Krisenpolitik eine beliebige Verfügungsmasse. Dann wird die Unfreiheit irgendwann nicht mehr der Ausnahme-, sondern der Normalzustand sein.

gez. Volker Erb